釜山外國語大學校 比較法硏究所
比較法學 第16輯(2005)

독일의 설립중의 회사법제도에 관한 소고

- 특수단체설의 Dogmatik -

정 성 숙*

<목 차>

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 설립중의 회사와 발기인조합의 구별
Ⅲ. 설립중의 회사의 법적성질
1. 법규정
2. 소위말하는 "특수단체설"
3. 관련문제
Ⅳ. 발기인의 책임
1. 등기시의 사전채무부담책임
2. 등기전의 손실전보책임
3. 관련문제
Ⅴ. 행위자책임(유한회사법 제11조)
1. 법률규정
2. 행위자의 개념과 책임의 내용
3. 관련문제
Ⅵ. 비진정 설립중의 회사의 구분문제
1. 일반론
2. 관련문제
Ⅶ. 종합

* 법학박사, 비교법연구소 연구원

Ⅰ. 서 론

사단·주식회사·유한회사는 등기에 의해서 법인격을 취득하게 된다. 그러나 이들이 법인격을 취득하기 전에 단체의 설립을 위한 계약, 즉 사단설립계약 혹은 회사설립계약(또는 정관)이 체결된다. 이러한 계약체결 전과 등기사이에는 아직 법인격이 없는 인적결합체(Personenverband)가 존재하게 되고, 그 인적결합체가 설립계약서의 체결과 상업등기부에 회사 혹은 사단의 등기를 위해서 필요한 모든 행위들을 수행하게 된다. 회사를 설립하는 경우 그러한 인적결합체를 회사설립계약을 체결하기 전에는 발기인조합, 회사설립계약 체결후에는 설립중의 회사라고 부른다. 일반적으로 설립중의 회사는 창립(Errichtung)은 되었지만 아직 상업등기부에 등기(Eintragung)되지 않은 회사로 이해하고 있다. 이러한 설립중의 회사를 둘러싼 학설과 판례의 논의가 끊이지 않는 이유는 바로 설립중의 회사와 관련된 법규정이 존재하지 않기 때문이다. 설립중의 회사와 관련된 문제는 대략 두 가지로 압축할 수 있다;

- 설립중의 회사는 어떠한 법적지위를 가지는가?
- 설립중의 회사의 채무에 대해서 발기인들이 책임을 지는지, 진다면 어떠한 형태의 책임을 부담하는가?

독일에서는 입법자가 유한회사법을 제정할 당시부터 설립중의 회사에 관한 법규정을 마련하지 않았다. 아직 입법화할 수 있는 단계에 이르지 않았다고 보았기 때문이다. 그래서 이미 회사법을 제정할 당시부터 지금까지 설립중의 회사에 관한 문제를 판례와 학설에 내맡기고 있다.[1] 이러한 위임을 근거로 독일 연방대법원은 판례를 통한 법형성(Rechtsfortbildung) 절차를 통하여 학설에 기반을 둔 설립중의 회사법제도를 창안·발전시키

1) Fleck, GmbHR 1983, 5 (6); G. Hueck, Festschr. 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 127 (137).

고 있다. 연방대법원(Bundesgerichtshof)은 1980년의 원칙판결[2]과 1997년의 원칙판결[3]을 통하여 "설립중의 회사의 법적성질"과 "설립중의 회사의 발기인의 책임"에 관하여 판결을 하였다. 특히 1997년의 판결은 1980년의 판결에서 인정되었던 "발기인의 출자금에 제한되는 제3자에 대한 책임"을 "출자금에 제한되지 않는 회사에 대한 책임"으로 판례변경을 시도하여 설립중의 회사법의 완결편을 선보였다. 대부분의 학자들이 대법원의 판결에 동조를 함으로써 논쟁이 종료된 것으로 보고 있지만, 거기에 대한 반론도 없지는 않다. 그러나 판례에 의해서 마련된 설립중의 회사법(Vorgesellschaft-Recht)이 판례법(Richterrecht)으로 엄연히 존재하는 한, 판결실무는 거기에 따르지 않을 수 없다. 이에 본 연구는 판례법에 따른 설립중의 회사의 법적성질로부터 파생되는 발기인의 책임에 관하여 일견하고, 아직 해결되지 않은 몇몇 문제들을 언급하고자 한다.

Ⅱ. 설립중의 회사와 발기인조합의 구별

주식회사와 유한회사는 상업등기부에의 등기를 통해서 성립에 이르게 되는데, 등기에 이르기까지는 여러 가지의 법적행위(Rechtsakte)를 필요로 한다. 법인으로써 物的會社는 여러 단계를 거쳐서 생성된다. 발기인 혹은 장차 성립될 회사의 대표기관으로 예정된 사람들이 회사의 생성절차를 행하게 되는데, 이러한 사람들의 설립행위는 반드시 회사의 설립에 필요한 행위만을 하는 것이 아니라, 사무실을 임차하고, 근로자를 고용하고, 은행융자를 받거나 혹은 궁극적으로 의도했던 상행위를 시작하기도 한다. 이러한 경우 설립기간중에 회사가 부담한 채무에 대해서 어떤 재산이 책임을 지게되는지(발기인 혹은 설립중의 회사)가 문제로 된다.

---

2) BGHZ 80, 129 ff.
3) BGH NJW 1997, 1507 ff.

이 문제를 해결하기 위해서 일반적으로 회사설립계약이 체결되기 전과 후 그리고 등기시점을 구분한다. 즉, 회사설립계약이 체결되기 전에 회사설립을 주도한 사람들의 단체인 발기인조합, 계약체결 후에는 설립중의 회사, 등기가 이루어진 후에는 완성된 회사로 구분을 하고 있다.

공증인이 인증한 회사설립계약이 체결되기 전에 존재하는 단체인 발기인조합(Vorgründungsgesellschaft)을 설립중의 회사와 특별히 구별하는 근본적인 이유는 발기인조합은 두 가지의 형태로 형성될 수 있기 때문이다. 즉, 발기인조합이 설립에 필요한 행위만을 하는 경우 그 법적성질은 조합이고, 장래의 회사의 상행위를 영위하는 경우 합명회사로 취급된다. 그래서 각각의 경우 조합법(GbR-Recht)과 합명회사법(OHG-Recht)에 적용을 받게 되어 법률관계가 명확하게 된다. 또한 구별의 실익은 조합과 합명회사는 사원의 개인적인 책임을 기본으로 하는 인적회사이고, -후술하는 바처럼- 설립중의 회사는 개인적인 책임이 제한되는 物的會社의 前身(Vorstufe)이라는 점에 있다.

Ⅲ. 설립중의 회사의 법적성질

회사설립계약을 체결하기 전에 존재하는 발기인조합과 구분되는 설립중의 회사는 공증인이 인증한 회사설립계약서의 작성과 인증을 통하여 생성 되고 회사의 등기를 통해서 종료한다. 이러한 설립중의 회사의 존재에 대해서 독일법은 소극적으로 규정하고 있다. 즉, 유한회사법과 주식회사법은 "등기전에는 그와 같은 것으로 존재하지 않는다"고 규정하고 있어 설립중의 회사의 법적성질을 규명하기 위한 노력이 끊이질 않았다. 왜냐하면 법적성질이 규명되면 설립중의 회사에 적용될 법률관계가 명확하게 되기 때문이다.

1. 법규정

110여년 동안 유지되어온 유한회사법를 제정한 입법자는 설립중의 회사의 문제를 인식하고 있었음에도 불구하고 유한회사법 제11조에서 "등기전에는 그와 같은 것(als solche)"으로 존재하지 않고(제1항), "등기전에 회사의 명의로 행위한 자는 개인적으로 연대하여 책임을 진다(제2항)"고만 규정하고 있다. 여기에서 "그와 같은 것"이란 "등기를 전제로 한 유한회사에 관한 법원칙이 적용되는 것"으로 이해하고 있다.[4] 이 규정은 어떤 회사의 존재를 부정하는 것이 아니라 단지 유한회사의 존재만을 인정하고 있는 것이다. 이 조항에서 결정적인 어휘는 "그와 같은 것"과 "존재하지 않는다"이다. 이 규정은 1892년에 제정된 이후 회사설립계약의 체결과 등기사이에는 완성된 회사라는 것이 존재하지 않는다는 것을 변함없이 유지하고 있다 : 어떤 회사는 존재하지만 그 회사는 유한회사로 존재하지 않는다. 그렇다면 어떠한 회사, 또는 어떤 법적형식이 존재하는지가 문제가 된다.

2. 소위말하는 "특수단체설"

어떠한 인적결합체는 존재하지만 그 회사가 아직 완성된 物的會社로 존재하지 않기에 그 실체를 파악하기 위해서 여러 가지 시도가 있었다. 권리능력이 없는 사단, 조합, 합명회사라는 說들이 있었으나 현재에는 "법률 혹은 회사설립계약서(정관)상에 나타난 설립에 관한 규정과 등기를 전제로 하지 않는 설립하고자 하는 해당 회사법으로 구성된 특별법(Sonderecht)에 지배를 받는 단체라는 說(Rechtslehre "Organisation als *sui generis*")"이 지배적이다. 이 說의 이유로 다음과 같은 것들이 언급되고 있다 : 생성되고 있는 법인으로써 설립중에 있는 회사는 그 고유한 성질에 따라서 취급해야하고[5], 발기인들의 의도는 처음부터 어떤 物的

4) Dilcher, Jus 1966, 89.
5) BGHZ 72, 45 (48); 80, 129 (132); 117, 323 (326); Gehrlein, DB 1996, 561 (562); Dreher, DStR 1992, 33.

會社의 설립을 목표로 하고 있고, 이 경우 발기인들은 설립하고자 하는 해당 회사법을 염두에 두고 있다[6].

해당회사법이 적용되는 경우 먼저 채권자보호원칙을 유지되어야 한다. 이 원칙으로부터 "설립중의 회사라고 하는 법적형식은 物的會社의 채권자보호를 위한 규정의 적용으로부터 벗어날 수 없다. 즉, 채권자보호와 관련하여 권리능력이 없는 물적회사를 인정하는 것과 제한적인 책임을 지는 등기되지 않은 회사를 인정하는 것은 법질서에 반한다는 것이다. 또한 등기된 회사에 적용되는 규정이 적용되지 않음은 물론이다. 예를 들어 정관을 변경하는 경우 해당회사법에 의하는 것이 아니라 만장일치로 이루어져야 하고, 또한 사원교체의 경우 해당회사법이 아니라 만장일치로 이루어져야 한다.

3. 관련문제

특수단체설은 전체적으로 볼 때 만족스러운 답을 줄 수 있다는 것을 보여주고 있고, 이 說에 따르는 경우 설립중의 회사의 내부법률관계에 최대한 근접하고 일반적으로 유한회사를 설립하고자 하는 발기인의 의사에 합치한다는 점에서 다른 이론에 비하여 장점을 가진다. 그렇지만 문제는 법률흠결의 문제로써 설립중의 회사에 어떤 법 규정이 적용될 수 있는지에 대한 문제이다. 즉, 어떤 규정들이 등기를 전제로 하는지, 그리고 등기된 회사에 관한 규정이 적용될 수 없는 때 어떠한 규정이 설립중의 회사에 적용될 수 있는지가 아직 논의를 필요로 한다.

---

6) Krebs/Klerx, Jus 1998, 991 (992).

Ⅳ. 발기인의 책임

대법원의 원칙판결에 따르면 발기인의 책임은 회사의 등기시까지 존속하는 손실전보책임(Verlustdeckungshaftung)과 등기와 관련된 사전채무부담책임(Vorbelastungshaftung)[7]으로 구성된 통합적인 형식으로 존재한다.[8]

1. 등기시의 사전채무부담책임

a. 사전채무부담금지원칙의 포기

등기시점에 정관상의 "책임자본 준비원칙(Unversehrtheitsprinzip)[9]"으로부터 유래한 사전채무부담금지의 원칙은 설립기간동안 회사의 대표기관의 대표권의 범위뿐만 아니라 등기후의 債務移轉의 범위와도 관련된다. 과거의 연방대법원[10]의 판례에 따르면 대표권은 정관에 규정된 것을 이외에 오직 설립에 필요한 행위에만 미치고, 그 한도 내에서 발생한 채무만이 등기된 회사로 넘어갔었다. 그러나 "사전채무부담금지(Vorbelastungsverbot)의 원칙"이 정관상의 책임자본의 유지를 위해서 적합한가 아닌가에 대한 의문이 제기되었다. 왜냐하면 설립기간중에 발생한 채무에 대해서 일반적으로 업무집행자(또는 이사)가, 행위자책임으로 인한 채무의 변제청구를 회피하기 위해, 등기후에 會社名義로 채무를 인수하기 때문이다. 자산과 부채를 성립된 회사로 넘어가게 하는 것은 '재산통합'이라는 법적 사고와 거래보호의 원칙에 대한 모순으로써 보여졌다. 그래서 사전채무부담금지의 원칙을 포기하기에 이르렀다.[11]

---

7) 대차대조표상의 손실에 대한 책임(Unterbilanzhaftung) 혹은 일반적인 차액책임(die algemeine Differenzhaftung)이라고도 한다.
8) BGH NJW 1997, 1507 ff.
9) 역자 註.
10) BGHZ 80, 129 ff.

b. 사전채무부담책임의 법적근거

사전채무부담금지를 포기하는 경우 정관에 규정된 자본조달과 자본유지 그리고 효과적으로 채권자를 보호하기 위한 대안을 요구한다. 왜냐하면 사전채무부담금지의 원칙을 포기하는 것은 사전채무부담을 허용하게 되는 것이고, 그로 인하여 등기시에 정관에 표시된 자본액을 갖추지 못하게 되어 채권자보호에 소홀하게 되기 때문이다. 회사는 반드시 필요한 經營資本과 責任資本으로써 확보된 자본을 소유한 채 성립에 이르러야 하고 또한 그러한 가운데 법률거래에 나설 수 있도록 허용해야 한다는 것이 物的會社法(Kapitalgesellschaftsrecht)의 핵심이며, 이것으로부터 不文原則(ungeschriebene Prinzip)인 "자본준비의 원칙(Unversehrtheitsprinzip)"이 파생되고, 이 원칙에 근거하여 사전채무부담금지를 대체하는 사전채무부담책임을 창안하였다.[12] 즉, 사전채무부담책임의 법적근거는 不文原則인 자본준비의 원칙이다.

c. 책임의 내용과 범위

발기인들은 자본금의 액수와 등기시점의 회사재산사이의 차액에 대해서 지분비율에 따른 책임을 져야만 한다. 이미 사용된 금전은 현금으로 납입해야만 한다. 채무의 종류는 불문하고, 법률행위로 인한 채무든 법정채무이든 묻지 않는다. 발기인의 이러한 책임은 출자금의 한도에 제한되지 않는 무한책임이다.

2. 등기전의 손실전보책임

a. 책임의 내용

등기전의 업무 혹은 상행위의 추진을 통하여 설립중의 회사에게 손실

11) Vgl. BGHZ 80, 129 ff.

12) Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn. 27; Ulmer, Festschr. Ballerstedt, S. 279 (292); BGHZ 80, 129 ff.

이 발생한 가능성은 얼마든지 있다. 이러한 손실이 현실적으로 발생하였다면, 연방대법원에 따르면, 발기인들이 그러한 손실을 전보해야만 한다.[13] 이 책임은 손해액수에 한정되지 않고 회사재산으로도 전보되지 않는 금액까지 포함하며, 사전채무부담책임을 전형으로 하기에 회사에 대한 무한책임으로 형성되고, 책임의 형태는 지분비율에 따른 책임이다.

c. 책임의 발생시기

대법원의 판결주문[14]에 따르면 등기가 좌절된 때 발생한다고 한다.

3. 관련문제

사전채무부담책임(Vorbelastungshaftung)의 경우에 청구권의 생성시점은 상업등기부에 회사가 등기되는 시점이고, 책임의 범위는 등기가 된 날에 작성된 대차대조표를 통해서 확인될 수 있다. 그러나 손실전보책임의 경우 등기가 좌절된 때 청구권이 발생한다. 그러나 이것은 두 가지 관점에서 의문이 발생한다.

a. 책임의 전제조건인 등기의 좌절

연방대법원의 1997년 1월 27일의 판결에 따르면 "손실전보책임은 등기시까지 존속한다"는 주문은 모순을 안고 있는 것처럼 보인다. 회사의 등기전에 영리적인 업무에 대한 위험을 감수하는 발기인의 책임이 손실의 발생에 의존하게 만든다고 한다.[15] 그렇다면 손실이 발생한 경우 발기인들은 등기가 좌절되기 전에 설립중의 회사로부터의 탈퇴를 통하여 책임을 면할 수 있다는 것을 이야기 한다. 왜냐하면 손실전보책임은 책임이 발생한 시점에 발기인이었던 자들이 부담하기 때문이다. 또한 손실은 대차대조표의 작성을 통해서만 확인될 수 있고, 그러한 손실은 등기가 좌절되기 전에 얼마든지 다른 영업활동을 통하여 상쇄될 수 있다.

13) BGH NJW 1997, 1507 ff.
14) BGH NJW 1997, 1507.
15) Wiegand, BB 1998, 1065 (1067).

회사의 설립기간 중에 경영상의 뜻밖의 일을 당할 수 있기 때문에 발기인들이 일순간에 발생한 임시적인 손실에 대해서 모든 책임을 지라고 강요할 수가 없다.[16] 나아가 손실의 액수를 산정하고 확인하는 것과 관련하여 소송의 불확실성도 발생한다. 왜냐하면 채권자들이 손실이 발생하였다는 사실에 대한 증명을 해야하기 때문이다. 결과적으로 등기시까지 존재하는 손실전보책임은 비현실적이라고 할 수 있으며, 회사의 전체적인 재산상태에 의존하는 발기인들의 책임으로써 손실전보책임의 본질상 책임의 발생시점을 명확하게 하는 것이 필요하다. 그래서 "등기가 좌절되었을 때" 책임이 발생하는 것으로 보아야만 한다.[17]

b. 등기의 좌절의 전제조건

대법원의 판례에는 등기가 좌절된 때에 대해서 자세하게 언급하고 있지 않다. 언제 등기가 좌절되었는지를 확인한다는 것은 실질적으로 많은 어려움이 존재한다. 그러나 일반적으로 등기의 좌절이란 외부에서 인식가능한 자의적 혹은 강제적인 설립목적의 포기로 이해될 수 있다.[18] 즉,

- 등기신청의 거부
- 등기신청서의 반려
- 설립중의 회사의 재산에 대한 파산과정이 개시되거나 파산개시를 위한 재산이 존재하지 않는 경우
- 상기의 3가지가 존재하지 않는 경우 특정된 징표(Indiz)가 존재한다면 설립이 좌절된 것으로 본다. 이러한 예로써 등기법원이 내린 중간처분을 이행하지 않는 경우를 들 수 있다.

16) Monhemius, GmbHR 1997, 384 (387 f.).
17) Wiegand, BB 1998, 1065 (1067).
18) Wiegand, BB 1998, 1065 (1067).

Ⅴ. 행위자책임(유한회사법 제11조)

1. 법률규정

유한회사법 제11조 2항과 주식법 제41조 1항은 "등기전에 회사의 명의로 행위한 者는 개인적으로 그리고 연대하여 책임을 진다"고 규정하고 있다.

2. 행위자의 개념과 책임의 내용

a. 행위자의 개념

업무집행자로 임명된 사람만이 행위자에 해당한다. 업무집행자의 업무보조자는 설립중의 회사의 기관의 명의로 등장하지 않은 한 거기에 포함되지 않는다. 발기인으로써 업무집행자에 임명된 사람은 행위자에 포함된다. 그러나 상행위의 개시에 동의한 발기인은 거기에 포함되지 않는다.

b. 책임의 내용

법률행위로 인하여 발생한 채무에 대해서만 책임을 진다. 즉, 법정채무에 대해서는 책임을 지지 않는다.[19] 이 책임은 설립중의 회사가 유효하게 대리된 경우에 발생하는 것이므로, 먼저 설립중의 회사가 책임을 지고, 설립중의 회사가 책임을 질 수 없는 경우에 업무집행자(이사)가 책임을 지는 부차적인 책임(eine akzessorische Haftung)이다.[20] 따라서 행위자는 설립중의 회사가 가질 수 있는 이의와 항변을 제3자에 대해서 주장할 수 있다.[21] 數人이 공동으로 행위한 경우에는 이들은 연대채무

19) Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn. 113; Scholz/Schmidt, GmbHG, § 11 Rdn. 111.

20) Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn. 113; Gummert, DStR 1997, 1007 (1011).

21) Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn. 113; Scholz/Schmidt, GmbHG, § 11 Rdn. 111.

자로써 책임을 진다.

c. 책임제한

업무집행자는 채권자와 합의를 통하여 이러한 책임으로부터 벗어나거나 제한할 수 있다.[22] 또한 이러한 책임면제의 합의는 행위자와 회사사이에도 가능하다.[23]

d. 구상권

청구당한 행위자는 자신의 임용계약으로부터 설립중의 회사 또는 성립된 회사에 대해서 求償權을 행사할 수 있다. 이러한 구상원은 독일민법 제661, 675, 670조에 따른 비용상환과 -발기인들이 상행위의 개시에 동의했었던 한 - 민법 제257조에 따른 채무면제를 대상으로 한다.

3. 관련문제

a. 발기인의 회사에 대한 책임과 행위자의 제3자에 대한 책임

행위자책임의 존속은 결과적으로 설립중의 회사의 이름으로 체결된 업무의 경제적인 위험을 업무집행자(이사)에게 전가한다는 결과를 초래한다.[24] 발기인이 경제적인 능력이 미약하고 그래서 사전채무부담책임이 실질적으로 아무런 역할을 하지 못하는 때, 유한회사법 의행위자책임에 대한 법규정은 채권자에게는 커다란 선물이고 반대로 업무집행자에게는 커다란 책임위험이다. 덧붙여 발기인의 책임은 회사에 대한 책임이고 업무집행자의 책임은 제3자에 대한 연대책임이라는 점에 문제가 있다. 즉, 발기인은 행위의 직접적인 결과를 누리는 회사에 대해서 책임

22) Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn. 120; Scholz/Schmidt, GmbHG, § 11 Rdn. 110.
23) Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 11 Rdn. 126.
24) Beuthien, ZIP 1996, 360 (367); Bergmann, GmbHR 2003, 563 (598); Werner, NZG 1999, 146 (148).

을 지지만 업무집행자는 제3자에 대해서 직접 책임을 진다는 것이다. 이로 인하여 채권자는 먼저 설립중의 회사에게 구상권을 행사하고 만족하지 못한 경우에 다시 개별 발기인에 대해서 회사의 청구권을 대신행사하게되는 구상의 어려움에 직면하게 된다. 그래서 고려해야만 할 것은 "유한회사의 직원(Angestellte)들은 회사중역의 지시권에 복종해야만 할 뿐만아니라 업무집행자(이사)는 일반적인 사업정책에서부터 일상의 업무에까지 사원총회(주주총회)의 명령권에 지배를 받는다"는 것이다.

b. 규정의 삭제

설립중의 회사의 채무가 성립후의 회사로 넘어가게 됨에 따라서 행위자책임의 기능도 약화되었다. 왜냐하면 법인으로써 회사를 등기함으로써 채무자가 되고 사전채무부담책임(Vorbelastungshaftung)을 통하여 정관상의 자본조달이 확실하게 뒷받침되기 때문이다. 또한 행위자책임의 또 다른 기능이 발기인의 손실전보책임(Verlustdeckungshaftung)의 인정을 통하여 계속적으로 제한되고 있다. 그래서 부분적으로 행위자책임에 관한 규정에 부가된 기능들이 판례법형성에 비추어 볼 때 낡은 것 혹은 기능을 잃어버린 것으로 취급하고[25], 나아가 사전채무부담금지(Vorbelastungsverbot)의 원칙을 포기함으로써 그 존재의의를 잃어버린 것으로 보고 있다[26]. 이러한 이유로 행위자책임의 기능은 불필요한 것이고 그래서 삭제되어야 한다고 주장되고 있다.

c. 유럽연합의 회사법지침과의 조화

그러나 유한회사법 제11조의 행위자책임은 채권자에게 가장 간단하고 확실한 방법으로 채무자가 누구인지를 알려주고 있다. 또한 등기법원에 의한 자본조달에 관한 검사제도가 없다는 단점을 보완해주고 있다.[27]

---

25) Hachenburger/Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn. 98; Heerma, GmbHR 1999, 640 (643 ff.); Weimar, GmbHR 1988, 289 (298 ff.).
26) Heerma, GmbHR 1999, 640 (644).
27) BGHZ 80, 182 (184).

나아가 행위자책임이 유럽의 회사법의 일부분이라는 점을 잊어서는 안 된다. 독일의 회사법의 특징인 유한회사제도를 유럽과 더불어 세계 각국이 양수함으로써, 행위자책임도 각 나라의 설립중의 회사법규정의 일부분으로 되고 있다.[28] 또한 유럽 제1회사법지침 제7조는 유럽전역에 효력을 갖는 행위자책임의 제도를 예정하고 있다.[29] 이러한 규정의 국제화는 "행위자책임은 낡고 시대에 뒤떨어진 제도"라는 견해에 반대할 수 있는 본질적인 이유이다.[30] 바로 국경을 넘나드는 법률거래에서 설립중의 회사에 대한 청구권과 더불어 쉽게 확인할 수 있는 채무자에 대한 청구권을 가질 수 있는 장점을 가지기 때문일 것이다.[31]

Ⅵ. 비진정 설립중의 회사의 구분문제

1. 일반론

비진정 설립중의 회사(unechte Vorgesellschaft)라는 것은 설립중에 있는 회사로서, 발기인들이 애초부터 등기를 할 의도를 가지고 있지 않았거나 혹은 나중에 등기의도를 포기했음에도 불구하고 상행위를 추진하거나 계속하는 회사를 말한다. 등기의 좌절이 확정되었음에도 불구하고 발기인들이 장래회사의 영업을 시작하거나 계속 추진하는 때에는 합명회사법 혹은 조합법이 적용된다. 따라서 조합원 혹은 사원들(발기인)은 채권자에 대해서 연대무한책임을 진다. -등기신청의 철회 혹은 등기신청에 장애가 되는 사실의 제거하지 않음으로 인하여- 상업등기부에의 등기가 더 이상 추진되지 않거나 혹은 등기신청이 거부되었다면 (진정)

28) Vgl. Lutter, FS 100 Jahre GmbHG, 49 (51ff.).
29) Weimar, GmbHR 1988, 289 (298).
30) 삭제를 주장하는 자로써 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn. 98; Weimar, GmbHR 1988, 289.
31) W.H. Roth, ZGR 1984, 597 (619).

설립중의 회사법이 적용될 수 없음은 당연하다.[32]

2. 관련문제

비진정 설립중의 회사는 법적형상은 '설립중에 있는 회사는 지속적인 것이 아니라 창립과 등기사이의 시점에 과도기적으로 허용된 법적제도이다'는 고려에 근거를 두고 있다. 그래서 설립중에 있는 회사가 설립을 포기한 때 그 합법성을 잃어버리게 된다.[33] 그러나 언제 등기의도를 포기하였는지를 확인하기 어렵고, 개별적인 채권자들이 이러한 비진정 설립중의 회사의 존재를 증명하는 것은 더더욱 어렵다.[34] 이러한 요인은 등기법원의 중간처분이 하자의 치유를 위한 기한을 정하지 않는다는데 있다.[35] 또한 등기법원에 의한 등기신청서를 반려한 경우, 발기인들이 등기법원으로부터 반려된 등기를 재추진하기 위해서 오랜 시간을 필요로 하기 때문에 확인의 어려움은 마찬가지이다.[36]

동시에 채권자들은 등기진행절차가 어떠한 상태에 대해서 알 수가 없지만, 언제 등기신청이 있었는지를 확인할 수 있고, 그래서 등기신청이 장기간에 걸쳐 지연되고 있는 경우 '등기의도가 포기되었다'는 추정을 할 수 있음은 확실하다.[37] 또한 등기절차가 장기간에 걸친 경우에도 또한 마찬가지로 볼 수 있다.[38] 그러나 채권자는 "등기법원의 이의제기가 있었는지, 발기인들이 거기에 대해서 대처했는지 혹은 이의제기가 있은

32) Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn. 18 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn. 9.
33) Drygala, Jura 2003, 433 (439).
34) Gehrlein, DB 1996, 561 (565); Kleindiek, ZGR 1997, 427 (446 f.); Müther, MDR 2001, 366 (369).
35) Drygala, Jura 2003, 433 (439).
36) Scholz/Schmidt, GmbHG, § 11 Rdn. 143; Hueck./Fastrich in Baumbach, GmbHG, § 11 Rdn. 27.
37) Müther, MDR 2001, 366 (369).
38) Drygala, Jura 2003, 433 (439).

후에 어느 정도의 시간이 흘렀는지"를 판단할 수가 없다. 그래서 이 경우 채권자는 설립중의 회사나 발기인들에 대해서 소송을 제기하는 것이 불가능하다. 왜냐하면 채권자는 소송의 제기와 유지에 결정적인 사실을 주장할 수가 없기 때문이다.

반면 설립중의 회사는 법률에 의해서 단지 상업등기부에의 등기와 회사설립계약의 체결사이에 -새롭게 회사를 설립하는 경우- 불가피하게 거쳐야하는 다리역할을 하는 도구로써 인정되었다'는 사실을 일견해본다면, 등기과정이 비일상적으로 오래 지속되는 때, 설립의 포기에 대한 간접증거로 충분하다고 한다.[39] 상업등기부에의 등기는 일반적으로 3개월 이내에 이루어진다. 그래서 등기법원에 의한 이의제기 후 3개월이 경과하였다면, 6개월 이상 등기절차가 지속되는 경우 일반적인 기한을 초과했다고 볼 수 있다.[40] 그 기한이 초과된 후에 채권자의 입장으로 보아 설립중의 회사와 발기인들이 등기신청절차를 진심으로 추진하지 않고, 그 대신에 법률로부터 허용되지 않는 영업을 계속하기 위해 설립중의 회사라는 법형식을 남용하고 있다고 볼 수 있다.[41] 그래서 그와 같은 상황에서 발기인들의 기한경과는, 발기인들이 등기(신청)절차가 왜 장기간 지체되었는지에 대한 이유를 발기인들이 해명하지 못하는 한, 등기의도가 포기되었다는 결과를 초래한다.

Ⅶ. 종합

1. 독일 연방대법원과 발기인의 내부책임을 주장하는 학자들은 그동안에 일반화된 "발기인조합과 완성된 회사사이에서의 유일무이한

39) Drygala, Jura 2003, 433 (439).
40) Drygals, Jura 2003, 433 (439). 그러나 연방대법원의 판례(BGH NJW 2003, 429 ff.)에서는 12개월이 등기의 절차의 지속기간을 긍정하였다.
41) BGHZ 80, 129 (145).

조직(Organisation als sui generis)으로써의 설립중의 회사의 구조로부터, 설립중의 회사는 조합 혹은 합명회사 혹은 권리능력이 없는 사단이 아니라 완성된 物的會社에 최대한 근접한다"는 인식으로부터 설립중의 회사의 법률관계와 책임문제를 도출하고자 하였다. 그렇다면 법적성질에 따라 설립중의 회사에 등기를 전제로 하는 해당物的會社의 내·외부 법률관계가 그대로 적용되어야만 하는 도그마(Dogma)가 생성되게 된다. 즉, 사원총회(주주총회)내에서 해당物的會社법에 규정에 따라서 사원들의 결정이 내려지고 혹은 업무집행자(이사)는 해당 物的會社법에 따라서 임명되고 해임되게 된다. 다른 한편으로 설립중의 회사는 "사원들은 회사에 대해서만 책임을 진다"는 物的會社의 전신이라는 것이다.[42] 이것은 예를 들어 유한회사법 제9, 9a, 19, 24, 26조 이하에 표현되어 있다. 유한회사의 재정적인 危機時에 사원들에게는 회사를 회생시킬 수 있는 기회, 즉 자본을 추가로 투입하거나 회사를 청산하거나 또는 파산절차의 개시를 신청할 기회를 부여하고 있다는 것이 유한회사법 제49조 제3항, 제64조 제1항의 기반이 되고 있다.[43] 그래서 최대한 유한회사에 근접하는 설립중의 회사의 책임규정을 창안할 경우 "완성된 유한회사의 사원들은 회사에 대해서만 책임을 진다"는 것을 고려할 수밖에 없었고, 그 결과 책임의 형태와 관련하여 오직 "(설립중의)회사에 대한 발기인의 책임"이라는 답을 내놓을 수밖에 없었다. 그래서 발기인의 사전채무부담책임과 손실전보책임이 내부책임으로써 형성되었고, 그 결과 등기전과 후의 책임이 조화를 이루게 되고[44], 아울러 등기된 物的會社와 비교해 볼 때 또한 조화를 이루게 된다. 그러나 등기된 物的會社의 책임제한은 등기를 전제로 하기 때문에, 설립중의 회사에게 책임제한이 적용되지 않는다. 따라서 출자금에 제한되지 않는 책임형태를 선택할 수밖에 없었다.

42) Stimpel, Festschr. Fleck, S. 345 (361).
43) Schütz, GmbHR 1996, S. 345 (361).
44) Gehrlein, DB 1996, 561 (567); Schütz, GmbHR 1996, 727 (732).

2. 이러한 독일의 설립중의 회사법제도는 수십년에 걸친 논의 끝에 결실을 보게 된 것이다. 판례실무는, 설립중의 회사의 법적성질을 해명하였고 거기에 근거한 책임문제의 큰 틀을 이미 갖춘, 판례법을 따라야만 한다. 아직 명확하게 해명되지 못한 부분들이 존재하기는 하지만, -판례법을 포함한- 독일의 법생성 역사를 고려해 볼 때 그러한 부분들이 장기간에 걸친 각고의 노력 끝에 탄생한 법제도를 뒤흔들 수는 없는 것으로 보인다. 오히려 이후에는 새로운 이론을 주장하는 것보다는 불완전한 법제도를 보완하는 노력들이 이어질 것으로 보인다.

주제어 : 설립중의 회사(Vor-GmbH), 행위자책임(Handelndenhaftung), 발기인의 책임(Vorgesellschafterhaftung), 사전채무부담금지의 원칙(Vorbelastungsverbot),차액책임(Unberbilanzhaftung; allgemeine Differenzhaftung; 사전채무부담책임(Vorbelastungshaftung) 자본준비의 원칙(Unversehrtheitsprinzip)

참 고 문 헌

Bergmann, Andreas, Die Handelnden-Haftung als Ausgleich fehlender Registerpublizität, GmbHR 2003, S. 563 ff.

Beuthien, Volker, Vorgesellschafterhaftung nach innen oder außen?, GmbHR 1996, S. 309 ff.

Drygala, Tim, Praktische Probleme der Vor-GmbH, Jura 2003, S. 433 ff.

Fleck, Hans-Joachim, Neueste Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Vor-GmbH, GmbHR 1983, 5 ff.

Gehrlein, Markus, Die Haftung in den verschiedenen Gründungsphasen einer GmbH, DB 1996, S. 561 ff.

Hachenburg, Max, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung : Großkommentar, §§ 1-34, 8., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter Berlin, 1992.

Heerma, Jan Dirk, Die Haftung des Handelnden beim Mantelkauf, GmbHR 1999, S. 640 ff.

Hueck, Götz, Vorgesellschaft, Festschrift für 100 Jahre GmbH-Gesetz, Otto Schmidt, Köln 1992, S. 127 ff.

Kleindiek, Detlef, Zur Gründerhaftung in der Vor-GmbH, ZGR 1997, S. 427 ff.

Monhemius, Jürgen, Bilanzrecht, Gründerhaftung und Scheitern der Vor-GmbH, GmbHR 1997, S. 384 ff.

Müther, Peter-Hendrik, Vor-GmbH - die häufigsten Praxisprobleme, MDR 2001, S. 366 ff.

Roth, Wulf-Henning, Die Gründerhaftung im Recht der Vor-GmbH, ZGR 1984, S. 597 ff.

Rowedder, Heinz, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung : Herausgegeben von Christian Schmidt-Leithoff, 4., Auflage, Franz Vahlen München, 2002.

Scholz, Franz, Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, Band.I §§ 1-44, 9., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln : Otto Schmidt, 2000.

Weimar, Robert, Abschied von der Gesellschafter- und Handelnden-Haftung im GmbH-Recht, GmbHR 1988, S. 289 ff.

Werner, Rüdiger, Mantelgründung und Handelndenhaftung -Stellungnahme zu KG, NZG 1999, S. 146 ff.

Wiegand, Daniel, Offene Fragen zur neuen Gründerhaftung in der Vor-GmbH, BB 1998, S. 1065 ff.

<Zusammenfassung>

Rechtsfrage der deutschen Vor-GmbH-Recht

Jeong, Seong-Suk

Die Rechtslehre “sui generis” hat sich heute allgemein durchgesetzt, da nur sie dem GmbH-typisch Entwicklungsprozess gerecht wird. Heute ist davon auszugehen, dass bereits in Abschluss des Gesellschaftsvertrages selbst die Errichtung der GmbH zu sehen ist, so dass sich bei ordnungsgemaess verlaufendem Eintragungsverfahren kein Anhalt fuer einen Wechsel in der Rechtssubjektivitaet ergibt. Vielmehr handelt es sich bei der eingetragenen GmbH und der im Zeitraum zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung in das Handelsregister existierenden Vor-GmbH um dieselbe Gesellschaft. Vor dem Hintergrund der GmbH-konformen Haftungskonzeption ist zu beruecksichtigen, dass das GmbH-Gesetz stets von einer Haftung des Vermoegens der Koerperschaft, nicht aber einer Einstandspflicht ausgeht und einer Gefaehrdung der Gesellschaftsglaeubiger immer dadurch entgegentritt, dass gesellschaftsinterne Ansprueche der GmbH gegenueber ihre Mitglieder ausgeloest werden. Die Gesellschafter einr GmbH trifft eine Zahlungsverpflichtung mit hin immer nur im Innenverhaeltnis zum Verband. Es ist daher nur folgerichtig, dass auch die ausserhalb des Gesetzeswortlauts entwicklte Gesellschafterhaftung der Vor-GmbH immer nur als Innenhaftung diskutiert worden ist. Wollte man fuer die

Rechtsverhaeltnisse der Vor-GmbH abweichend hiervon die unbegrenzte gesamtschuldnerische Aussenhaftung der Gesellschafter bejahen, so laege darin ein fuer die Gesellschafter unangemessener Bruch mit den seit ueber 100 Jahren allseits akzeptierten Haftungsverhaeltnissen in der GmbH. Es scheint schon sachgerechter, eine GmbH-nahe Haftungskonzeption zu gestalten, die Rechtsstruktur, Kapitalverfassung und Haftungsverhaeltnisse der werdenden GmbH miteinander in Einklang bringt und den Wertungen des GmbH-Rechts entspricht.